

Tilburg University

Door muren kijken Suggesties voor hervorming van de cassatierechtspraak

Barendrecht, J.M.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2002

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (2002). Door muren kijken Suggesties voor hervorming van de cassatierechtspraak. *Nederlands Juristenblad*, 77(7), 294-300.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Door muren kijken

Suggesties voor hervorming van de civiele cassatierechtspraak

J.M. Barendrecht

1 Openheid, ramen en muren

Iedere organisatie zal van tijd tot tijd zijn koers moeten bepalen, ook de Hoge Raad. De in zo'n proces gebruikte metaforen zijn vaak veelzeggend. 'De Hoge Raad aan het Spaarne', het motto waaronder de Hoge Raad op 9 november 2001 bijeenkwam,¹ suggereert open water, dat stroomt en richting heeft, maar ook iets heel erg beschaafds, want Haarlems. Een paar woorden verder ligt 'De Hoge Raad op de hei'.² Introspectie in het open gebied, onder leiding van een adviseur; nodig, zinvol, maar al bijna een cliché geworden. 'De ramen staan open bij de Hoge Raad' zo presenteerde mr Haak zich als nieuwe President van de Hoge Raad in het Nederlands Juristenblad.³ Frisse wind en nieuwe geluiden drijven het gebouw van de Hoge Raad binnen, maar aan het gebouw zelf zal weinig veranderen.

Er is veranderingsbereidheid, maar nog niet duidelijk is hoe ver deze gaat. In deze bijdrage wil ik verder gaan dan helpen de ramen open te zetten. Ik richt mij op de muren. Muren zijn de vaste elementen van een organisatie, die niet constant ter discussie staan. Voor de Hoge Raad staat heel veel vast: veel dikke muren. Het algemene beeld lijkt echter te zijn dat organisaties door de tijd heen meer ramen en minder muren krijgen. Net als gebouwen overigens; het gebouw van de Hoge Raad in den Haag is er een mooi voorbeeld van. Er is meer geloof in variatie en verandering. Stabiliteit wordt eerder gezien als een kwestie van steeds veranderende en wisselende evenwichten dan van rigide constructies. Om te bepalen of er ook in de organisatie van de Hoge Raad misschien hier en daar een muur uitkan, moeten we door de bestaande muren heen kijken. Zo zien we welke muur kan worden gemist, en waar mogelijk juist een steviger structuur nodig is. In het gebouw van de Hoge Raad zitten zo'n 140 hele goede juristen, raadsheren, A-G's en leden van het wetenschappelijk bureau. Door welke combinatie van ramen en muren kan hun relatie tot de omliggende maatschappij het beste vorm krijgen?

Wie over de Hoge Raad denkt of schrijft, kan dat moeilijk anders doen dan in de termen van zijn drie taken: rechtsbescherming (par. 2), rechtseenheid (par. 3) en rechtsvorming (par. 4). Na een schets van de huidige situatie, geef ik steeds aantal suggesties voor een nieuwe vormgeving. In deze drie paragrafen richt ik mij met name op de civiele kamer van de Hoge Raad. Daarna rond ik af met een beschouwing over de drie taken heen, waarbij ik ook een korte vergelijking maak met de strafkamer en de belastingkamer (par. 5).

2 Rechtsbescherming

¹ Dit artikel is een bewerking van een inleiding die ik tijdens deze bijeenkomst hield.

² J.M. Barendrecht, De Hoge Raad op de hei, Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie: een analyse en denkrichtingen voor de toekomst, W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

³ NJB 2001, p. 699.

Waar te beginnen? Aan de noordkant van de Hoge Raad ligt het landschap van de rechtsbescherming. We kijken door een dikke muur op de vele honderdduizenden klanten van de rechtspraak die willen dat hun belangen op een rechtvaardige manier worden gewaarborgd. Maar een heel klein deel daarvan komt bij de Hoge Raad terecht. In die dikke muur op het Noorden zit nu een miniem zolderraampje, dat door opvolgende bewoners van het gebouw steeds een beetje groter is gemaakt, want het licht van het Noorden is volgens velen het mooiste licht. Als het raampje open staat, zorgt dat voor frisse lucht, maar als de wind verkeerd staat, gaat het lelijk tochten en waaien er zo een paar honderd zaken naar binnen.

Een paar honderd, dat is nog maar een gering deel van de duizenden die ontevreden zijn over de manier waarop zij zijn behandeld en die rechtsbescherming willen. Want rechtsbescherming door de civiele kamer, met OM en wetenschappelijk bureau zo'n 50 mensen, is per jaar maar voor zo'n 70 procespartijen per jaar weggelegd.⁴ Die hulp wordt alleen verleend aan de mensen die door de lagere rechters uitbehandeld zijn, met alles wat ze daar al hebben doorgemaakt, en dan ook nog alleen aan diegenen die na die behandeling in hoge nood verkeren. Omdat betere rechtsbescherming door de Hoge Raad meer vraag schept naar rechtsbescherming, wordt een extreme vorm van het wachtlijst-principe toegepast. Alleen die patiënten worden geholpen die in doodsnood verkeren, maar nog net voldoende levenskracht hebben om zich toch nog naar de Hoge Raad te slepen. Daar krijgen zij het medicijn van de geslaagde motiveringsklacht dat hen kan genezen, als zij tenminste bereid zijn om na verwijzing nog een jaar of wat te kuren bij het hof.

Mensen in nood helpen is prachtig werk. Cassatieadvocaten proberen te laten zien dat hun klant ernstig mishandeld is door de lagere rechter en in grote nood verkeert. Rechters in de Hoge Raad willen die hulp in nood graag verlenen. Voor rechtsbescherming kunnen juristen moeilijk weglopen. Ook zij kennen hun eed van Hyppocrates. De vraag lijkt vooral wie die rechtsbescherming het beste kan geven en hoe. Om een antwoord op die vraag dichterbij te brengen, wil ik drie punten maken.

2.1 *Delegatie*

Moeten die 50 goede civilisten dit werk met hun eigen handen doen? Het huidige systeem heeft iets van noodhulp verleend door hartchirurgen. Hoe goed hartchirurgen het ook kunnen, het lijkt de vraag of het voor iedereen niet beter is als die noodhulp wordt gedelegeerd: aan de lagere rechter zelf, aan een groep stafjuristen, aan leden van het OM, aan een lid van de Hoge Raad met ondersteuning, aan combinaties van hen, of nog aan anderen.

Tenminste een deel van de rechtsbeschermende taak (het geven van standaardmedicatie bij standaardfouten die nu eenmaal in de lagere rechtspraak worden gemaakt) komt voor delegatie in aanmerking. De precieze manier waarop is een kwestie van het ontwikkelen van verschillend trajecten voor de behandeling van verschillende soorten zaken. Aandachtspunten daarbij zijn:

1. Hoe en op welk moment moet worden onderscheiden tussen zaken die in het (standaard-) rechtsbeschermingstraject of juist in het rechtsvormingstraject thuishoren?
2. Hoe kunnen de advocatuur en partijen worden geprikkeld de zaken zoveel mogelijk in het juiste traject aan te bieden en een juist gebruik van dit traject te maken?

⁴ De Hoge Raad op de hei, p. ==.

3. Hoe om te gaan met als rechtsbeschermingszaken opgezette procedures, waarin tijdens de behandeling rechtsvormingselementen blijken te zitten?
4. Wegen de fouten die bij de selectie onherroepelijk zullen worden gemaakt, en die overigens in ieder selectiesysteem zullen worden gemaakt, ook in het bestaande systeem, op tegen het voordeel dat iedere categorie een behandeling kan krijgen, die beter op die categorie is toegesneden?
5. Hoe kan de snelheid van deze nieuwe rechtsbeschermings-procedure, die relatief hoog zou moeten liggen om strategisch gebruik ervan in te dammen, worden bevorderd en bewaakt?
6. Hoe goed is de procedure toegankelijk voor procespartijen (verwachte advocatenkosten, griffierecht en verdere belasting van partijen)?

Goed delegeren betekent ook dat de degenen aan wie wordt gedelegeerd, zullen moeten worden getraind in het signaleren van complicaties. Moeten de patiënten een standaardmedicatie hebben, rechtsbescherming, of is er reden om speciaal voor hen een creatieve en nieuwe behandeling te ontwikkelen, rechtsvorming?

2.2 *Duidelijker toetsingsgronden bij rechtsbescherming*

Dit leidt naar het tweede punt. Velen vinden het onderscheid tussen rechtsbescherming en rechtsvorming niet te maken. Rechterlijke rechtsvorming kan volgens hen het beste gebeuren aan de hand van individuele echte casussen.⁵ Misschien komt dat omdat zij altijd op die manier recht hebben gevormd of voornamelijk deze wijze van rechtsvorming hebben bestudeerd. Wie dit casuïstische uitgangspunt aanvaardt, is haast automatisch tegen loskoppeling van kwaliteitsbewaking en rechtsvorming. Maar het kan ook anders. Uitspraken van het Bundesgerichtshof worden altijd opgebouwd vanuit het recht en gaan vandaar naar de casus toe. De Hoge Raad zelf werkt ook steeds meer met voorafgaande beschouwingen over het recht.⁶

In mijn boek heb ik geprobeerd de standaardbehandelingen te onderscheiden van de rechtsvorming. Ik identificeerde 76 rechtsbeschermingsklachten die de civiele kamer in een jaar gegrond achtte. Door de cassatietechniek heenkijkend, leken het allemaal tamelijk gemakkelijk vast te stellen fouten. Dat spoort met mijn ervaring als cassatieadvocaat. In de cassatie-secties waarin ik heb gewerkt, was het de sport om binnen een uur uit een procesdossier vast te stellen of er in een zaak iets zat of niet. Dat kon ook. Het echt moeilijke van het vak was om die onvrede met het eindresultaat, want daar ging het dan om, te vertalen in klachten die passen in de cassatietechniek. Bij de schriftelijke toelichting deed je dan weer het omgekeerde: terugvertaling naar de boodschap dat de Hoge Raad dit onrechtvaardige eindresultaat niet in stand mocht laten, waarbij de kunst was om genoeg van de cassatie-technische verpakking te laten zitten, maar het toch over de zaak zelf en het achterliggende probleem te hebben. Het is een ingewikkeld spel, waaraan we met zijn allen gewend zijn geraakt, maar zou het niet eenvoudiger kunnen?

Het probleem lijkt mede te liggen in de manier waarop de Hoge Raad het motiveringsvereiste zo centraal heeft gesteld. Dat is bij mijn weten een unieke werkwijze in vergelijking met wat andere binnenlandse en buitenlandse hoogste

⁵ M. Köhne, Coördinatie van rechtspraak, Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 105 e.v. die dit standpunt goed uiteenzet.

⁶ K. Rozemond, Voorafgaande beschouwingen in de strafrechtspraak van de Hoge Raad, NJB-Special Toeval of beleid, NJB-Salon over rechtsvorming, NJB 2000, p. 706 e.v. Een recent civiel-rechtelijk voorbeeld is HR 21 december 2001, RvdW 2002, 10 (Delfland/De Stoeterij) over de aansprakelijkheid voor een niet-ondergeschikte.

rechters doen. Die werkwijze is historisch verklaarbaar, maar lijkt in het hier en nu wel erg ingewikkeld. Het hangt weer nauw samen met de keuze of je vanuit het recht je redenering opbouwt en dan naar de casus gaat kijken, of andersom.⁷ De aanpak die zich richt op de motivering van de individuele casus brengt rechters steeds weer in moeilijkheden, omdat zij geen beslissingen stuk willen laten gaan op een onvoldoende motivering, als het resultaat aanvaardbaar lijkt.⁸ Ook de Hoge Raad wil dat niet.

Die gedachte zou kunnen worden geëxpliciteerd in veel duidelijker toetsingsgronden voor de rechtsbescherming, waarin het eindresultaat een wezenlijke plek krijgt. Tegelijkertijd zou ook een koppeling mogen worden gelegd met de omvang van het in gedrang komende belang. Die toetsingsgronden zouden bijvoorbeeld kunnen aansluiten bij het gebruikelijke onderscheid bij motiveringsklachten tussen het voorbijgaan aan essentiële stellingen en onbegrijpelijkheid. Zij zouden er zo uit kunnen zien dat de Hoge Raad vernietigt wanneer:

1. Een stelling onbehandeld is gelaten die, indien juist, met een overwegende mate van waarschijnlijkheid tot een ander oordeel van de lagere rechter zou hebben moeten leiden op een punt van wezenlijk materieel belang voor de partij die om rechtsbescherming verzoekt.
2. Een gedingstuk op een onbegrijpelijke manier is uitgelegd, terwijl een juiste uitleg met een overwegende mate van waarschijnlijkheid tot een ander oordeel van de lagere rechter zou hebben moeten leiden op een punt van wezenlijk materieel belang voor de partij die om rechtsbescherming verzoekt.
3. Een in wet of eerdere rechtspraak neergelegde vaste rechtsregel is geschonden, terwijl een juiste toepassing van die rechtsregel met een overwegende mate van waarschijnlijkheid tot een ander oordeel van de lagere rechter zou hebben moeten leiden op een punt van wezenlijk materieel belang voor de partij die om rechtsbescherming verzoekt.
4. Het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden (op een punt van wezenlijk materieel belang voor de partij die om rechtsbescherming verzoekt).

Duidelijker toetsingsgronden kunnen de toestroom van zaken verminderen, want bij de huidige vage gronden kunnen advocaten heel moeilijk zeggen dat een zaak kansloos is. Duidelijker gronden maken de toetsing gemakkelijker uitvoerbaar. Zij leiden bovendien tot een kortere behandelingsduur, zodat een aantal beroepen wordt geweerd die vooral vanwege tijdwinst of andere strategische redenen worden ingesteld. En dat zijn er veel.

2.3 Samenwerking met andere kwaliteitsbewakers

Mijn derde punt is dat er tegenwoordig meer mechanismen zijn die bijdragen aan rechtsbescherming. Vroeger leunde de kwaliteit van de rechtspraak heel erg op hoger beroep en cassatie. Maar er zijn nu nieuwe vormen van kwaliteitsbewaking in ontwikkeling. Rechtbanken onderwerpen hun werkprocessen aan een onderzoek; zij werken met standaardprotocollen voor bepaalde typen zaken; zij richten hun zittingen beter in, zodat partijen meer het gevoel krijgen dat er werkelijk naar hen is geluisterd en de beslissing beter geaccepteerd wordt. Waar fouten worden gemaakt, is er een grotere bereidheid die formeel of informeel te corrigeren.

⁷ In de Hoge Raad op de hei, p. 30 e.v., heb ik geprobeerd te laten zien dat beide benaderingen inwisselbaar zijn.

⁸ Een vergelijkbare problematiek speelt uiteraard in de administratieve rechtspraak.

De rechtsbescherming door de Hoge Raad en de andere kwaliteitsbevorderende mechanismen zouden in overleg op elkaar kunnen worden afgestemd. Wat voor fouten komen vaak voor? Wie kan het beste wat doen? Wie richt zich op preventie van fouten en wie op correctie? Is een rechtsmiddel, met zijn traagheid en met zijn hoge kosten wel een geschikte vorm van kwaliteitsbewaking, of zijn er voor bepaalde soorten fouten veel betere vormen te bedenken? Kan de Hoge Raad bijdragen aan de kwaliteit van de rechtspraak door voorbeelden te geven van goede motiveringen of door zelfs schema's van motiveringen voor bepaalde standaardzaken te ontwikkelen?

Uiteindelijk kan de Hoge Raad zo waarschijnlijk veel meer mensen rechtsbescherming bieden dan de 70 per jaar die hij nu helpt, en in een veel eerder stadium. Want heel doeltreffend is die noodhulp nu niet georganiseerd, als die 50 civilisten jaarlijks per persoon maar één of twee procespartijen helpen, terwijl misschien wel twee/derde van het werk van die civilisten uit noodhulp bestaat.⁹

Aan de Noordkant van het gebouw zou dus een flinke aanbouw kunnen komen, waarin degenen die werkelijk hulp behoeven snel, doeltreffend en volledig worden geholpen door op hun taken berekend, maar niet overgekwalificeerd personeel. Bij het verlenen van die hulp wordt goed samengewerkt met andere organisaties van hulpverleners. In plaats van dat tochtige zolderraam komt er misschien wel een grote glazen wand, die goed uitzicht biedt op de wensen, behoeften en zorgen die de honderdduizenden klanten van de civiele rechtspleging hebben over die vorm van dienstverlening.

3 Rechtseenheid

De rechtseenheid is te situeren in de ruimte boven het gebouw van de Hoge Raad, waar daken en torens liggen. Er zijn plannen om een nieuwe toren op het gebouw te maken, die hoger is dan de torens van alle andere gebouwen in de omgeving. Die toren zou een prachtig overzicht bieden over de hele rechtspraak. De plannen zijn aansprekend, mede omdat er zorgen zijn over wat er in sommige andere gebouwen gebeurt. Maar het zetten van een hoge toren op een bestaand gebouw is ingrijpend en architectonisch moeilijk. Het is ook de vraag of bewoners van andere gebouwen zich zullen laten overschaduwen.

3.1 De prijs van rechtseenheid: minder recht

En van grote hoogte heb je wel een mooier uitzicht, maar je beeld wordt noodzakelijkerwijs ook steeds vager. Het streven naar rechtseenheid heeft waarschijnlijk een flinke prijs. De Hoge Raad klein houden, gaat ten koste van de rechtsvorming. Duitsland en Frankrijk, met hun veel omvangrijker hoogste rechtscolleges, hebben een veel dichter recht dan Nederland. Over veel meer rechtsvragen bestaan uitspraken van de hoogste rechters. Dat dit niet heeft te maken met het aantal conflicten dat in een veel groter land ontstaat, maar vooral met de omvang van het hoogste rechtscollege, laat een vergelijking met Engeland zien, waar ook veel minder rechtsvragen beslist zijn door de hoogste rechters, omdat de omvang van die colleges beperkt is gehouden.

⁹ Als tenminste het aantal alinea's dat in beslissingen van de Hoge Raad aan rechtsbeschermingsklachten wordt besteed de maatstaf mag zijn, zie De Hoge Raad op de hei, p. 13.

Aan de andere kant zijn er in Frankrijk en Duitsland vaker tegenstrijdige uitspraken van verschillende kamers van de hoogste rechtscollèges. Het is de vraag of dat vanuit het perspectief van de rechtzoekende zo'n probleem is, als dat een paar keer per jaar voorkomt. Deze sterk zichtbare rechtsongelijkheid over een paar rechtsvragen in Frankrijk en Duitsland, moet worden afgewogen tegen de veel minder zichtbare rechtsongelijkheid op het gebied van andere rechtsvragen, waarover de hoogste rechter Engels rechter of de Hoge Raad helemaal niets zegt, bijvoorbeeld omdat hij de kwestie als feitelijk beschouwt.

3.2 De prijs van rechtseenheid: één antwoord, geen antwoord of meerdere antwoorden?

Het idee dat er eenheid moet zijn, leidt misschien ook wel eens tot een vlucht in feitelijkheid of procedurele oplossingen. In een uitspraak over de compensatie aan nabestaanden van dodelijke slachtoffers heeft de Hoge Raad in het midden gelaten of en in welke gevallen het redelijk is dat een levensverzekeringsuitkering van de compensatie wordt afgetrokken.¹⁰ De leden van de Hoge Raad hebben ongetwijfeld meerdere oplossingen overwogen, waaronder misschien tussenoplossingen, waarbij een gedeelte van de verzekeringsuitkering van de compensatie wordt afgetrokken. Misschien konden zij het niet eens worden. Dan wordt de vraag maar feitelijk gevonden, want het idee dat er meerdere goede oplossingen naast elkaar zouden bestaan, verdraagt zich niet met de gedachte van rechtseenheid.

Denkbaar is ook een arrest waarin voor twee of drie gevallen voorbeeldoplossingen worden gegeven, of waarin zelfs voorbeelden staan van regels die hier zouden kunnen worden gehanteerd, zonder een expliciete keuze te maken. Voor veel problemen zijn meerdere oplossingen denkbaar. Oplossingen 6 tot en met 10 zijn slecht. Oplossing 4 en 5 zijn matig. Oplossing 1 tot en met 3 zijn aardig, maar je kunt niet zeggen welke het beste is. De drie betere oplossingen identificeren, draagt dan veel meer bij tot de rechtsvorming dan een verwijzing naar de omstandigheden, wat de discussie al snel doodslaat. Als ik de tijdgeest goed probeer aan te voelen, is de 'One right answer thesis' van Dworkin uit. Daarvoor in de plaats kwamen pluriformiteit, experiment en volgens sommigen zelfs de competitie tussen rechtsregels en rechtssstelsels, waarin de slecht presterende rechtsregels vanzelf afvallen.¹¹

Rechtseenheid, in de vorm van een hiërarchie met een paar mensen aan de top, die alle tegenspraak voorkomen, heeft een veel te hoge prijs: laat die torens van de gebouwen van de Nederlandse hoogste rechters maar allemaal op de huidige hoogte. De bewoners van de torens kunnen veel van elkaar leren door zorgen, ervaringen en oplossingen uit te wisselen. De Hoge Raad heeft daar eigenlijk altijd al het voortouw in gehad door met de hele kamer over zaken te beslissen en door overleg te hebben over de kamers heen, of met de Raad van State.

4 Rechtsvorming

¹⁰ HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600 (Kwidama/Raphael)

¹¹ Zie bijvoorbeeld J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law, On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*, Oratie Maastricht 2000, p. 48 met verdere verwijzingen.

Rechtsvorming ligt aan de zonnige zuidkant van het gebouw. De rechtsvragenkant bestaat uit een wirwar van poortjes, venstertjes, balkonnetjes en kleine veranda's, waartussen grote stukken feitelijke muren zitten. De bewoners van het gebouw moeten zich door die nauwe openingen wringen om het grote omliggende gebied te gaan bewerken. Dat gebied is niet van hen en dat maakt ze heel voorzichtig. Het is van de wetgever, een mystieke figuur, waarover de meest vreemde verhalen gaan en die zich zelden in het gebied vertoont. In het immense en complexe gebied kom je van alles tegen. Je ziet er oude half verwilderde bossen, die als jaartal 1838 of 1886 dragen, maar ook in opdracht van de eigenaar aangelegde parkjes, die niet echt in het landschap passen en soms zelfs van wansmaak getuigen. Geen wonder, want de eigenaar heeft zelf maar een stuk of vijf wetgevingsjuristen in dienst, die voor ontwerp, aanleg en onderhoud van het hele civielrechtelijke gebied verantwoordelijk zijn.

Het gereedschap van de tuinlieden is degelijk, maar traditioneel. De vijftig tuinlieden kunnen al het werk duidelijk niet aan. Zij lopen gehaast van struik naar struik, hier en daar een knipje gevend. Als zij dat doen, zijn zij wel heel trefzeker en doen hun werk geheel volgens de edele regelen van de snoeikunst. Toch ziet het er uit als toeval en niet als beleid. Gezien de onafzienbaarheid van het gebied is het ook geenszins onbegrijpelijk, zoals zij het zelf zouden zeggen, dat zij zich vooral richten op de gebieden dicht bij het eigen gebouw, zoals het parkje van de devolutieve werking met de fontein van de tussenvonnissen. Die gebieden zijn gemakkelijk te bereiken en, tuinlieden is niets menselijks vreemds, je hebt er als bewoner van het gebouw ook meer aan als het in de directe omgeving op orde is. Slechts een enkele keer wordt er een struik verplaatst of een doodzieke boom geveld, want het oorspronkelijke ontwerp van de eigenaar is heilig en moet gehandhaafd blijven.

De vele bezoekers van dit gebied komen er lang niet altijd voor hun plezier. De meesten vinden een route door het park een noodzakelijk kwaad. Zij hebben dure gidsen nodig om er niet in te verdwalen. Zelfs de gidsen klagen over de onoverzichtelijkheid en ondoordringbaarheid, vooral van het gebied rond de fontein met de beeltenis van Europa, al varen ze commercieel niet slecht bij al die ondoordringbaarheid. Sommige bezoekers worden jaren tegen hun zin in het gebied opgehouden. Hier en daar staan parkwachters, aan wie de gidsen de weg kunnen vragen, maar voor je van hen een antwoord krijgt, ben je al snel een of twee jaar verder. Door de muren heen kijkend, kun je vaststellen dat dit gebied met een systematischer onderhouds- en bewerkingsplan flink zou kunnen opknappen.

4.1 Recht naar behoefte: objectieve richtpunten voor onderhandelingen

Een eerste ijkpunt voor dit plan zou de behoefte aan recht kunnen zijn. Rechters hebben niet zoveel recht nodig; net zoals parkwachters geen gedetailleerde kaarten van het gebied hoeven te hebben. Rechters kunnen toe met vage normen, die hen vertellen waar ze zo'n beetje op moeten letten en zijn dan uitstekend in staat om tot een afgewogen beslissing te komen.

De klanten van de civiele rechtspraak hebben wel een grote behoefte aan normen. Niet omdat ze die allemaal zelf gaan lezen en toepassen. Wel omdat normen een cruciale rol spelen bij de oplossing van geschillen in onderhandelingen. En dat is de plaats waar, afhankelijk van het precieze perspectief, 80, 95 of zelfs 99% van de geschillen wordt opgelost. Mensen kiezen niet voor een procedure om hun recht te krijgen, maar omdat hun pogingen zelf het geschil op te lossen mislukken. Zelfs rechters onderkennen dat, want zij vertellen op iedere zitting aan partijen dat verder procederen vooral veel ellende betekent en schikken de voorkeur verdient. Doel van

de civiele rechtspleging is nu rechtvaardige beslissingen, maar zou mede kunnen zijn: rechtvaardige onderhandelingsresultaten.

In onderhandelingen zijn normen zeer cruciaal, omdat bij een gebrek aan eenvoudig toepasbare normen, beide partijen in een geschil samen met hun advocaat hun eigen eenzijdige beeld van de zaak gaan opbouwen, vervolgens vooral de informatie waarnemen die dit beeld versterkt en dan ook gaan geloven dat de rechter dit zo zal zien. Uit talrijke onderzoeken is gebleken dat dit geen naïviteit is, of een kwestie van een slechte advocaat treffen, maar een gedragspatroon dat vrijwel algemeen voorkomt, dat goede advocaten in gelijke mate hebben en waarvoor plausibele verklaringen bestaan.¹² Eén daarvan is dat mensen veel meer weten van de beweegredenen voor het eigen gedrag, die zij gemiddeld genomen te positief waarderen, dan van de beweegredenen van de ander voor diens gedrag, die zij gemiddeld genomen te negatief zien. In onderhandelingen onder dreiging van een procedure proberen partijen te voorkomen dat twijfels rijzen over de kracht van de eigen argumenten, en zeker dat die zichtbaar worden voor de wederpartij. In onderhandelingen komt het dus weinig voor dat men begrip krijgt voor de argumenten van de ander. Daarom worden onderhandelingen maar voor een klein deel beslist op basis van juridische argumenten, en voor een te groot deel door bluff, dreiging en andere machtsmiddelen. Want een gang naar de rechter brengt zoveel onzekerheid, tijdsverlies en/of financiële lasten mee, dat voor veel mensen een in hun ogen onrechtvaardige en door oneigenlijke middelen afgedwongen schikking toch nog de voorkeur verdient.

De Hoge Raad heeft vaak objectieve normen gegeven die het partijen mogelijk maken om dit patroon te doorbreken. Als in dwalingszaken een informatieplicht in het algemeen voor een onderzoeksplicht gaat, kan de verkoper van een tweedehands auto naar zichzelf rechtvaardigen dat het verweer dat de koper maar een Anwb-keuring had moeten laten doen weinig waarde heeft. Als percentages worden gegeven voor de verdeling van schuld bij verkeersongevallen biedt dat verzekeringsmaatschappijen en slachtoffers de ruimte om hun eigen percepties van de redelijke schuldverdeling, die ver uit elkaar zullen liggen, te laten voor wat zij zijn.

Wanneer ieder van die vijftig civilisten die bij de Hoge Raad werken in plaats van die één of twee vrij willekeurig geselecteerde partijen rechtsbescherming te geven, één of twee echte goede en voldoende scherpe materiële normen zou kunnen opstellen, dan zouden op jaarbasis niet 70, maar bij goed gekozen prioriteiten vele duizenden of tienduizenden partijen een betere rechtsbescherming kunnen krijgen. Niet omdat zij rechtstreeks door de Hoge Raad worden geholpen, maar omdat de norm in hun onderhandelingen een baken van neutrale rechtvaardigheid vormt. Een baken met het signaal dat zij in hun situatie net zo behandeld zijn als anderen in soortgelijke situaties en dat hen de ruimte biedt om het eigen tegen wil en dank opgeklopte standpunt te verlaten. Een baken dat ook vaker tussen beide partijen in zou mogen liggen, want tussenoplossingen passen bij het gegeven dat er in echte geschillen vaak aan beide kanten gerechtvaardigde belangen zijn.

4.2 *Rechtsvorming vraagt om rechtsvormingsmethoden*

Een tweede ijkpunt is dat rechtsvorming beter echt als rechtsvorming kan worden beschouwd en niet als uit de hand gelopen rechtsvinding. Het gereedschap voor rechtsvinding bestaat uit rechtsbronnen: van wetshistorie tot en met rechtsbeginselen.

¹² Zie voor enige introductie in deze materie: J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling, Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Boom Juridische Uitgevers 2000.

Bij rechtsvorming zeggen de rechtsbronnen niets substantieels, want anders zou het geen rechtsvorming zijn, maar rechtsvinding. Je kunt die rechtsbronnen nog een keer ondersteboven keren, want misschien staat ergens nog een zinnetje van één of andere wetenschapper, maar voor echte rechtsvorming bestaan veel betere methoden en die past de Hoge Raad ook al lang toe. Ik stip er ter illustratie twee aan, die explicieter en daardoor beter zouden kunnen worden gemaakt: intuïtieve billijkheidsoordelen en afwegingen van de maatschappelijke gevolgen van een bepaalde regel.

Weinig rechters zullen ontkennen dat intuïtie een rol speelt bij keuzes voor de ene of de andere rechtsregels, al zullen zij van mening verschillen over de omvang van die rol. Maar hoe die intuïtieve waardeoordelen werken, is nauwelijks bekend. Juist niet politiek aangestuurde rechtsvormers zouden daarover misschien meer moeten weten. Wat in ieder geval uit de literatuur naar voren komt, is dat intuïtie een verkorte manier van toepassing van eerdere ervaringen lijkt te zijn.¹³ Dat betekent waarschijnlijk dat zij sterk wordt bepaald door eerdere ervaringen. Het hardnekkige verhaal gaat bijvoorbeeld dat het Engelse contractenrecht zo weinig van de goede trouw wil weten, omdat Engelse appelrechters in de loop der eeuwen eigenlijk alleen ervaring opdeden met grote handelszaken. Misschien zou het interessant zijn als bij de selectie en verdere vorming van de 140 mensen die nu bij de Hoge Raad werkzaam zijn niet zoals nu vooral zou worden gekeken naar superieure rechtskennis, maar ook naar het vermogen om op rechtsgevoel te oordelen, om intuïties onder woorden te brengen en om elkaar op de achtergronden van intuïties te bevragen.

Voor afwegingen van de maatschappelijke gevolgen van een bepaalde regel hebben we tegenwoordig een hele wetenschap: wat de Amerikanen noemen 'welfare economics', de economie die het welzijn probeert te optimaliseren.¹⁴ Wat daarvan naar Nederland overwaait in de vorm van rechtseconomie heeft nog niet altijd een even hoog niveau, maar binnen een groep van 140 rechtsvormers zouden een paar mensen zich hierin kunnen verdiepen. Ter vergelijking: de concurrerende rechtsvormers bij de departementen hebben zich gecommitteerd om bij iedere nieuwe wet een kosten/batenanalyse te gaan verrichten.¹⁵ Bij het in kaart brengen van de voor- en nadelen van bepaalde regels zijn economische methoden zeer behulpzaam.

4.3 Bewuste aansturing van rechtsvorming

Een volgend ijkpunt is dat rechtsvorming een proces is, zoals de ontwikkeling van jurisprudentie dat altijd is geweest, maar dat ook als proces zou kunnen worden aangestuurd. Hoe die aansturing het beste kan gebeuren, is niet zo te zeggen. Het komen tot een goede organisatie van de rechterlijke rechtsvorming is op zichzelf ook weer een proces. Aandachtspunten voor beter georganiseerde rechterlijke rechtsvorming zijn al vaak geformuleerd, en mijn lijstje heeft dus veel bekende elementen:

¹³ R.M. Hogarth, *Educating Intuition*, The University of Chicago Press 2001, geeft een goed en zeer leesbaar overzicht van wat er bekend is over intuïtief oordelen, de valkuilen daarvan en de mogelijkheden deze wijze van oordelen aan te scherpen door meer expliciete oordeelsvorming. Zie voor een mooi overzicht van de 'systematische fouten' van rechterlijke oordelen, C. Guthrie, J. Rachlinsky en A. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, Cornell Law Review, Vol. 86, No. 4, May 2001 (ook down te loaden van www.ssrn.com).

¹⁴ Zie voor een fundamentele uiteenzetting daarvan, waarin ook de confrontatie wordt aangegaan met andere vormen van denken over rechtvaardigheid, L. Kaplow & S. Shavell, *Fairness Versus Welfare*, Harvard Law Review 2001, p. 987 e.v. (verschijnt binnenkort als boek bij Harvard University Press).

¹⁵ Toelichting op Justitiebegroting 2002, p. 41.

1. Inventarisatie van de gebieden waar de behoefte aan rechtsvorming het grootste is, eventueel in samenwerking met wetgever, wetenschap, Raad voor de Rechtspraak en belangengroepen.
2. Eventuele publicatie van de uitkomsten van die inventarisatie.
3. Organisatie van de 'toegang tot de rechtsvorming' voor belangengroepen, zo dat zij optimaal aan het proces van rechtsvorming bijdragen.
4. In gang zetten van bredere en gestructureerdere informatieverzameling, bijvoorbeeld in de Conclusie OM, wanneer zaken binnenkomen die raken aan één van de geprioriteerde gebieden.
5. Keuze voor de juiste methode van normering (handleidingen, aandachtspunten, aanbevelingen, voorbeeldafwegingen, vuistregels, bindende regels met open of meer gesloten uitzonderingsmogelijkheden).
6. Keuze voor normering in één keer of in stappen.
7. Expliciete en geplande samenwerking met andere rechtsvormers.
8. Hoor en wederhoor in relatie tot procespartijen en belangengroepen.

Hoe de zuidkant van het gebouw er uit zal zien, is dus nog niet duidelijk. Wel dat er een goed ontwerp moet worden gemaakt. Die wirwar van toegangen zal waarschijnlijk worden vervangen door iets strakkers. Waar nu feitelijke muren zitten, moeten misschien juist vensters komen, want in het verleden was er alle reden om veel voorkomende geschilpunten feitelijk te vinden. Als er op een gebied veel behoefte aan recht is, dreigt de Hoge Raad immers al gauw overspoeld te worden met dat type zaken.

Het tuingereedschap kan misschien worden uitgebreid. De regels van de snoeikunst zijn belangrijk. Maar mensen die meer op gevoel tuinieren zijn ook goud waard, vooral als zij ook nog Masterclasses kunnen geven over hun intuïties en de beperkingen daarvan. Met de hand maaien houdt je fit, maar voor grote vlaktes valt een stevige en economische motormaaier te overwegen.

En de eigenaar-wetgever van al die grond? Dat is zo iemand die nooit een duidelijk antwoord geeft, als de tuinlieden vragen of ze een pad mogen verleggen dan wel een boom mogen kappen. De tuinlieden interpreteren dat als neen. Maar de eigenaar is ook iemand die het zeer zal weten te waarderen als die al maar voortwoekerende wildernis door paden toegankelijk wordt gemaakt, wordt gerestaureerd en van duidelijke wegwijzers wordt voorzien. Hij is met andere dingen bezig en beseft niet hoe mooi het zou kunnen worden als de tuinlieden de ruimte zouden nemen. En misschien denkt hij stiekum ook nog wel dat er in een goed geordend park minder parkwachters en gidsen nodig zullen zijn, al weten wij dat het park van de rechtvaardigheid meer bezoekers verdient en ook zal trekken wanneer het beter toegankelijk wordt.

5 Wie door muren kijkt ...

5.1 Beknot talent

Wie door muren kijkt, krijgt een totaalbeeld van wat zich binnen en buiten afspeelt. Eén van de beelden die de hoogste civiele rechtspraak bij mij oproept, is dat van 'beknot talent'. Eigenlijk mag de Hoge Raad zich nergens echt op storten. Rechtsbescherming is niet echt zijn taak, want cassatie moet geen gewone derde instantie worden. Maar rechtsvorming mag ook niet echt, want dat is het gebied van de wetgever. Het huidige gebouw is knellend. De mooiste beslissingen van de Hoge

Raad zijn die waarin de bewoners door die nauwe ramen naar buiten kruipen en ver op verboden terrein komen. Zij helpen echt mensen, of vormen echt nieuw recht. En op beide terreinen is er heel veel goed werk te doen.

Het werk wat nu in het midden van het gebouw moet worden gedaan, lijkt lang niet altijd zo bevredigend. Die steeds terugkerende stapel dossiers, waarin reeksen rechtsbeschermingsklachten moeten worden afgewezen, of waarin minder interessante rechtsvragen moeten worden bekeken, want ook die komen voor, is als ik het goed zie iets dat sommige bewoners frustreert, al spreek ik nooit iemand die zich echt beklaagt. Ik denk dat hun talenten beter tot hun recht zouden kunnen komen, en maatschappelijk zinvoller zouden kunnen worden ingezet.

5.2 Een verlofstelsel helpt niets

Wie door muren kijkt, ziet scherper wat niet zal helpen. Een verlofstelsel lijkt mij nog steeds niet meer dan een noodoplossing, die de werkelijke problemen van de hoogste rechtspraak niet raken. Die echte problemen worden zichtbaar wanneer je met name de rechtsbeschermende en de rechtsvormende taken van de Hoge Raad onderscheidt. Dan word duidelijk dat beide taken maar matig kunnen worden vervuld binnen het huidige kader van de cassatierechtspraak.

Rechtsbescherming is eigenlijk hoogste rechtspraak in het individuele geval, kwaliteitscontrole op de lagere rechtspraak. Daarbij gaat het vooral om het corrigeren van fouten in lagere uitspraken die betrekkelijk standaard zijn. De procedure daarvoor is erg zwaar. Zij duurt in civiele zaken nu weer een jaar of twee. Zij kent ingewikkelde technische regels over het onderscheid feit/recht en over motiveringsklachten, die alleen door superspecialisten te begrijpen zijn. En er worden veel van die dure en schaarse superspecialisten op deze betrekkelijk simpele kwaliteitsproblemen gezet: cassatieadvocaten, O.M., medewerkers van het wetenschappelijk bureau en tenminste drie raadsheren. Erger nog, die superspecialisten zijn ondanks art. 101A RO, waarschijnlijk de meerderheid van hun tijd bezig met het oplossen van deze door cassatietechniek moeilijk gemaakte kwaliteitsproblemen.

Anderzijds is cassatie vorming van recht, het geven van normen waaraan rechters en partijen iets hebben in toekomstige zaken. Daarvoor is de procedure eigenlijk ook niet goed genoeg. De roep om betere informatievoorziening in het kader van rechtsvorming klinkt al lang. De voorlichting van cassatieadvocaten richt zich bijvoorbeeld zelden op de maatschappelijke gevolgen van verschillende mogelijke oplossingen. Belangengroepen kunnen niet worden gehoord. De democratische legitimatie is een probleem, waar misschien best een mouw aan zou kunnen worden gepast, maar moeilijk binnen de huidige kaders. Een voorstel voor een regel kan nu bijvoorbeeld niet in de week worden gelegd van het maatschappelijk debat. Er is bovendien in de huidige werkwijze van de Hoge Raad ook te weinig tijd voor weloverwogen rechtsvorming. En de goede zaken komen lang niet altijd bij de Hoge Raad, of op ongunstige tijdstippen.

Een verlofstelsel lost deze problemen niet op. De kwaliteitscontrole wordt er aan gegeven, of beperkt tot nog weer een engere categorie allerergste missers. De rechtsvorming wordt niet wezenlijk verbeterd. Er wordt alleen wat meer ruimte voor gemaakt

5.3 Samenwerking is de sleutel

Wie door muren kijkt, krijgt meer zicht op andere gebouwen. Alle drie taken lijken te vragen om meer en beter gecoördineerde samenwerking. De rechtsbescherming, de

kwaliteitsbewaking van de rechtspraak in individuele zaken, kan vooral worden verbeterd door coördinatie van alle preventieve, terugkoppelende en corrigerende mechanismen, die er in de totale organisatie van de rechtspraak te vinden zijn. Een paar vrij willekeurig geselecteerde procespartijen meer of minder helpen zet weinig zoden aan de dijk. Rechtseenheid kan waarschijnlijk beter plaatsvinden door afstemming dan door hiërarchische constructies. Ook bij de rechtsvorming lijkt er veel te winnen bij afstemming met andere rechtsvormers.

Misschien moeten er wel twee losse gebouwen komen, ieder liggend aan een rechtsbeschermings- en een rechtsvormingsplein, waaraan ook andere gebouwen liggen, zoals dat van de Raad voor de Rechtspraak, de Raad van State en de wetgever.¹⁶ Of kan het gebouw in stand blijven, maar zouden de bewoners hun rechtsbeschermende en rechtsvormende taak veel vaker, actiever en effectiever buiten dat gebouw kunnen oppakken: in commissies, als medetrekken van projecten van de Raad voor de Rechtspraak, in wetgevingsprojecten, als regeringscommissaris, als hoogleraar. Denkbaar is een soort netwerk-achtige organisatie van rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming, waarvan het gebouw van de Hoge Raad een organisch onderdeel vormt.

Samenwerking moet transparant en controleerbaar zijn. Dat gestalte te laten krijgen is één van de uitdagingen waarvoor de rechtspraak staat, en de Hoge Raad heeft het daarbij extra moeilijk, omdat hij uiteindelijk om een eindoordeel kan worden gevraagd over de producten van rechterlijke samenwerking. De Hoge Raad heeft er tot nu toe over het algemeen voor gekozen om afstand te houden van andere staatsorganen, waarvan de beslissingen wellicht ooit moeten worden getoetst. Zo is de Hoge Raad geen onderdeel van de rechterlijke organisatie die nu is verenigd onder de Raad voor de Rechtspraak. De handen vrij houden betekent echter dat er kansen tot coördinatie worden gemist. Voor het civiele recht is er één hele belangrijke uitzondering, die toont dat onafhankelijkheid en betrokkenheid misschien toch beter samengaan dan op het eerste gezicht lijkt. Eén van de gevers van het Burgerlijk Wetboek, W. Snijders, had een prominente plek in de civiele kamer van de Hoge Raad. Tot meer dan wat gemompel in de marge heeft dat niet geleid.

5.4 *Grote verschillen tussen civiele-, straf- en belastingrechtspraak*

Wie door muren kijkt, krijgt ook oog voor de verschillende behoeften van verschillende bewoners en de verschillende buitenwerelden waarmee zij te maken hebben. Het gebouw van de Hoge Raad is ontworpen voor dé hoogste rechtspraak en bij de rechtsvormende taak van de Hoge Raad heeft iedereen het over de verhouding tot dé wetgever. Maar die verhouding is op de drie gebieden volstrekt anders.¹⁷

De kerngebieden van het civiele recht zijn politiek nauwelijks interessant en de overheid heeft er ook geen grote financiële of andere belangen bij. Civiele rechtspraak is voornamelijk een dienstverlening van geschilbeslechting aan burgers. Dat weerspiegelt zich in de sterkte van de betreffende wetgevingsafdeling: er zijn een stuk of 5 wetgevingsjuristen die zich hiermee bezighouden. Daar moet wel heel veel blijven liggen. Een goede coördinatie zou dus betekenen dat de Hoge Raad, met zijn 50 civilisten, heel veel goed rechtsvormend werk kan doen, zonder bang te hoeven zijn de wetgever voor de voeten te lopen. Daarbij zal de Hoge Raad vaak min of meer

¹⁶ De beeldspraak werd mij aangereikt door Jan Vranken.

¹⁷ Toegevoegd naar aanleiding van de discussie tijdens het symposium en de bijdragen van De Hullu en Zwemmer, eveneens in dit nummer gepubliceerd, waarin de verschillen zeer duidelijk tot uiting kwamen.

uit het niets normen moeten vormen, omdat er geen aanknopingspunten in de schaarse wetgeving of eerdere rechtspraak zijn.

Het strafrecht is een heel ander verhaal. Politiek staat het in het brandpunt van de belangstelling, en er is een stevig bezette wetgevende afdeling op het departement. De getalsverhouding is hier eerder 50 wetgevers en 50 strafrechtsspecialisten bij de Hoge Raad. Hier heeft de Hoge Raad veel meer de traditionele rol van oplosser van toepassingsproblemen. Hij kan afwachten hoe de wetgever op maatschappelijke ontwikkelingen reageert, of anders een oplossing geven die past in het bestaande stamien. Bij de strafwetgeving zijn departement en parlement aan elkaar gewaagd en de overheid heeft er geen grote eigen belangen in. Slechts in uitzonderingsgevallen hoeft de Hoge Raad hier de rol van toetsers van wetgeving aan hogere normen op zich nemen.

De belastingkamer functioneert in een veld met een supersterk Ministerie van Financien, dat het gebied overspoelt met regelgeving, desnoods in een nacht gevormd, of met terugwerkende kracht ingevoerd. De overheid heeft hier een groot eigen belang, en zet dan ook veel wetgevende mankracht in, die nauwelijks kan worden gecontroleerd door het parlement. De verhouding is hier misschien wel 500 wetgevers op 30 of 40 fiscalisten bij de Hoge Raad. Het hoeft dan ook geen verwondering dat de Hoge Raad hier vooral rechtsbescherming geeft. Alleen is dat geen hulp bij fouten van lagere rechters, zoals in de civiele rechtspraak. Maar het is bescherming tegen een almachtige en partijdige wetgever, die goed moet worden gecontroleerd, een heel ander soort rechtsbescherming.

5.5 *De kunst van veranderen*

Wie door muren kijkt, doet veel ideeën op voor mogelijke verbouwingen. Sommigen van de bewoners zullen erg opzien tegen verbouwing. Door muren kijken is één ding. Werkelijk tot sloop en verbouwing overgaan is heel iets anders. Je zit lang in de rotzooi, aannemers zijn lang niet altijd betrouwbaar en soms lijkt het of je het vooral voor de volgende bewoners doet. De balkons die zullen sneuvelen, bergen dierbare herinneringen. Anderen zullen geïnspireerd raken en mogelijkheden voor verbouwing zien, waar zij die eerst niet zagen. Enkelen worden misschien zelfs ongeduldig. Want gaan spelen met ideeën voor vernieuwing kan betekenen dat je het bestaande minder gaat waarderen.

Het eens worden over verbouwingsplannen met enthousiaste en met ongeduldige mensen, maar ook met mensen die gehecht zijn aan het bestaande, of opzien tegen verbouwing, omdat zij nog maar een paar jaar van het nieuwe gebouw zullen kunnen genieten, is een ingewikkeld proces. Buitenstaanders kunnen hier en daar een suggestie doen, of de uitwerking ter hand nemen, maar de contouren van het ontwerp kunnen het beste door de bewoners zelf worden bepaald. Dat zij oog hebben voor een zo goed mogelijke relatie tot de omgeving, is iets wat van hen wordt verwacht. Maar de wetgever-eigenaar zal ook voor de bouwplannen van de Hoge Raad het initiatief niet nemen. Dat zal van de Hoge Raad zelf moeten komen.